



Recurso nº 221/2013 C.A. Illes Balears 016/2013

Resolución nº 194/2013

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 23 de mayo de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.A.S., en representación de MUÑIZ Y ASOCIADOS, CORREDURÍA DE SEGUROS, S.L., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, su Anexo, el Pliego de Prescripciones Técnicas y los Anuncios de licitación del expediente de contratación CCS 01/2013, relativo a un “Contrato centralizado privado de mediación de seguros del Gobierno Balear y de los entes del sector público autonómico”, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Consejería de Administraciones Públicas del Gobierno de las Islas Baleares convocó, mediante anuncio publicado en el DOUE, en la Plataforma de Contratación del Estado, en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma y en el BOE, en los días 20, 22, 25 y 29 de abril de 2013, respectivamente, licitación para la adjudicación, mediante el procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del “Contrato centralizado privado de mediación de seguros del Gobierno Balear y de los entes del sector público autonómico”, cuyo valor estimado es de 800.000 euros.

Segundo. Previo anuncio ante el órgano de contratación el 6 de mayo de 2013, con fecha de 9 de mayo de 2013 D. M.A.S., en nombre y representación de MUÑIZ Y ASOCIADOS, CORREDURÍA DE SEGUROS, S.L., interpuso ante este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y su Anexo, el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) y los anuncios del referido contrato.

Tercero. El día 13 de mayo de 2013 el órgano de contratación remitió a este Tribunal el informe al que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.



Cuarto. Con fecha de 14 de mayo de 2013 el Tribunal confirió trámite de audiencia al órgano de contratación sobre la posible adopción de oficio de la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, al amparo de lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y en el Convenio de Colaboración suscrito el efecto entre la Administración General del Estado y la Comunidad Autónoma de Islas Baleares el 29 de noviembre de 2012, publicado en el BOE de 19 de diciembre de 2012.

Segundo. El contrato objeto de recurso es un contrato armonizado de servicios de mediación de seguros de valor superior a 200.000 euros que se encuentra incluido en la categoría 6 del Anexo II del TRLCSP, por lo que tiene la consideración de contrato sujeto a regulación armonizada conforme al artículo 16 del TRLCSP. En consecuencia, el contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.a) del TRLCSP.

Son objeto de recurso especial el PCAP y su Anexo, el PPT y los Anuncios relativos al referido contrato de servicios, todos ellos actos susceptibles de recurso especial al amparo de lo dispuesto en el artículo 40.2.a) del TRLCSP.

La naturaleza jurídica privada de este contrato (artículo 20.1 TRLCSP) no desvirtúa la conclusión anterior, toda vez que, conforme al apartado 2 del citado artículo 20, su preparación y adjudicación se rigen por el citado texto legal, siendo los pliegos y anuncios impugnados parte de dicha fase preparatoria y, por tanto, actos susceptibles de recurso especial (en el mismo sentido, Resoluciones 233/2011, de 5 de octubre, y 279/2012, de 5 de diciembre).

Tercero. El recurso ha sido interpuesto ante este Tribunal dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 44.2.a) del TRLCSP.



Cuarto. Consta en el expediente el anuncio del recurso al órgano de contratación exigido en el artículo 44.1 del TRLCSP.

Quinto. Ha de entenderse que la recurrente ostenta legitimación para interponer el presente recurso, pues su objeto es un contrato de mediación de seguros del Gobierno Balear y de los entes del sector público autonómico y la recurrente, que desempeña una actividad de correduría de seguros, ejerce, por definición legal, funciones de mediación (artículo 26.1 de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de seguros y reaseguros privados), lo que determina que pueda tomar parte en la licitación del referido contrato y, consecuentemente, que ostente un interés legítimo en recurrir aquellos actos preparatorios del contrato (los pliegos y anuncios) que considere que le ocasionan algún perjuicio.

Sexto. Entrando en el fondo del asunto, la entidad MUÑIZ Y ASOCIADOS, CORREDURÍA DE SEGUROS, S.L. fundamenta su recurso especial en numerosos motivos que, en aras de la claridad, se pueden sistematizar del siguiente modo:

1.- Argumentos relativos a la inadmisibilidad del contrato de mediación en el ámbito del sector público: Señala la recurrente que la Ley 26/2006 no se refiere a la mediación de seguros en el sector público, y ello se debe a que esta actividad carece de sentido en este sector, donde los contratos de seguros han de ser adjudicados mediante procedimientos reglados sujetos al TRLCSP.

2.- Argumentos relativos a la necesidad del contrato: A juicio de la recurrente no existe una necesidad real de este contrato en los términos del artículo 22 del TRLCSP, pues *“el contrato recurrido está en función de algo no sólo futuro sino además eventual, como es la celebración de esos contratos de seguros, que desconocemos si se convocarán a través de una licitación conjunta de todos los seguros, o bien se licitará individualmente cada seguro”*. Entiende, además, que el hecho de que el artículo 4.1 de la Ley 26/2006 permita a las propias aseguradoras suscribir los correspondientes contratos sin necesidad de intervención de un corredor determina que *“resulte mucho más razonable, desde la perspectiva de la libre competencia y de la libre prestación de servicios, la contratación por el Gobierno Balear de uno o varios seguros”*. El contrato objeto de recurso es, a juicio de la recurrente, innecesario porque *“las funciones*



encomendadas... al corredor seleccionado... han sido siempre... llevadas a cabo por las corredurías con las que trabajan las aseguradoras contratistas del sector público”.

3.- Argumentos relativos a la retribución del contratista:

- Los Pliegos señalan que el contrato tiene un presupuesto de licitación de 0,00 euros, lo que considera una afirmación falsa pues su valor estimado se cifra en 800.000 euros.
- Indica que los pliegos establecen una retribución para el corredor que resulte adjudicatario a través de un porcentaje, en forma de comisión entre el 4% y el 10%, sobre las primas netas de los contratos de seguros que se celebren, lo que implica que el precio del contrato será satisfecho por una tercera parte (las aseguradoras) ajena al contrato, sistema de retribución que no ampara el TRLCSP.
- Considera también la recurrente que difícilmente se puede desarrollar la función de mediación con imparcialidad si el corredor de seguros percibe comisiones con cargo a las primas de las aseguradoras contratadas. Aporta en apoyo de este argumento copia de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), de 12 de enero de 2010.

4.- Argumentos relativos al objeto del contrato:

- A tenor de lo dispuesto en el Pliego entiende la recurrente que la correduría de seguros designada no realiza una labor de mediación. La función del corredor es poner en contacto a las partes para que éstas finalicen un negocio, sin estar ligado a ninguna de ellas, requisito que, a su juicio, no concurre en los contratos suscritos con la Administración Pública, ni en este caso, ni en ningún otro.
- Considera que *“los servicios de asesoramiento, asistencia, gerencia de riesgos y ejecución de los contratos de seguros y algunas de estas actividades son incompatibles entre sí”*; en concreto, *“la actividad de mediadores de seguros viene determinada por la Ley 26/2006 y entre las labores relacionadas en la misma no se encuentra la gerencia de riesgos”*, y el artículo 5.2.a) de la Ley 26/2006 prohíbe asumir cualquier tipo de riesgo a los mediadores de seguros.



5.- Argumentos relativos a la concurrencia:

- No puede haber otorgamiento de exclusividad a un solo corredor o mediador de seguros de todos los contratos que pueda celebrar la Administración contratante, pues ello restringe la concurrencia de todos los demás mediadores.

- El contrato recurrido restringe la concurrencia porque, *“en la medida en que el tomador impone a las aseguradoras la utilización de su propio mediador, el resto de mediadores queda fuera”*. Considera la recurrente que *“la mediación y la correduría son actividades sujetas sin más a la libre prestación de servicios. No son actividades de titularidad pública, ni tampoco actividades en que las Administraciones puedan establecer derechos especiales o exclusivos a favor de nadie.”*

6.- Argumentos relativos a la solvencia exigida: Entiende la recurrente que en los contratos de servicios financieros, de seguros, bancarios o de inversiones no se exige clasificación precisamente por estar las empresas que los prestan sujetas a autorización administrativa, siendo, por ello, cuestionable que se exijan en los pliegos requisitos de solvencia excesivos.

La recurrente concluye solicitando al Tribunal que anule los Pliegos, Anexos y Anuncios recurridos o, subsidiariamente, que anule las cláusulas de los pliegos relativas al presupuesto de licitación donde se especifica que el contrato no supone gasto alguno para la Administración, y que dicha retribución sea satisfecha por la propia Administración para evitar que se produzcan conflictos de intereses.

Séptimo. Por su parte, el órgano de contratación indica lo siguiente en su informe al recurso especial:

- La recurrente viene recurriendo sistemáticamente la mayoría de los procedimientos que convocan las Administraciones Públicas para la contratación de servicios de mediación de seguros, existiendo pronunciamientos judiciales que resuelven buena parte de las cuestiones plantadas en el presente recurso.

- La necesidad de la contratación centralizada de un corredor, en los términos recogidos en los pliegos, está suficientemente justificada en el expediente.



- El contrato pretende satisfacer la necesidad administrativa de contar con asesoramiento y asistencia especializada para la cobertura y gestión de los riesgos que afectan a la Administración en la contratación, ejecución y gestión de seguros privados. La necesidad de adjudicar los posteriores contratos de seguros con sujeción al TRLCSP no excluye la función de asesoramiento de un corredor con carácter previo a la celebración del contrato.
- Los pliegos indican que el contrato tiene un presupuesto de licitación de 0,00 euros porque no implica coste económico alguno para la Administración, ello sin perjuicio de que su valor estimado se haya determinado conforme a lo dispuesto en el artículo 88 del TRLCSP, cuyo apartado 6.1 obliga a estar, en los contratos de seguros, a la prima pagadera y otras formas de remuneración.
- El precio del contrato está constituido por la comisión o corretaje que percibe el corredor de seguros por su mediación, y se abona por la compañía de seguros. Tal fórmula de retribución resulta amparada por el principio de libertad de pactos del artículo 25 del TRLCSP, y por el artículo 29 de la Ley 26/2006, que remite a lo pactado por las partes y, supletoriamente, a los preceptos del Código de Comercio relativos a la comisión mercantil. El sistema de precio fijado en los pliegos es, por lo demás, el comúnmente utilizado respecto de todas las entidades aseguradoras, y resulta avalado por la Dirección General de Seguros y por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.
- La imparcialidad y objetividad del corredor de seguros (aun cuando sea retribuido por las compañías aseguradoras) viene impuesta en diversos preceptos de la Ley 26/2006.
- La recurrente confunde el contrato de mediación con el de seguros, y asume indebidamente la defensa de los supuestos intereses de las aseguradoras, cuando alega que el contrato objeto de recurso les impedirá trabajar con los mediadores con los que habitualmente trabajan.
- Ninguna de las previsiones de los pliegos restringe la concurrencia, potenciándose ésta al admitirse la concurrencia de UTES, o la subcontratación hasta el 60% del servicio. El volumen estimado de las primas a intermediar por el corredor que resulte



adjudicatario del contrato es de un 0,02% del volumen anual de primas intermediadas de todo el mercado español, por lo que difícilmente se puede afectar la libre competencia en el sector de mediación de seguros español.

- La labor de gerencia de riesgos se encuentra incluida en la actividad de mediación definida en el artículo 2.1 de la Ley 26/2006.

- Los requisitos de solvencia exigidos en los pliegos no son desproporcionados, ni discriminatorios, ni arbitrarios, ni superiores a los exigidos en la Ley 26/2006.

Solicita la desestimación del recurso y la imposición de una multa a la recurrente por conducta temeraria, ya que mantiene en este recurso las mismas pretensiones que ya han sido desestimadas judicialmente por infundadas.

Octavo. Expuestos los motivos del recurso y la posición que frente a los mismos sostiene el órgano de contratación, se procederá seguidamente a examinar la adecuación a Derecho de cada uno de dichos motivos, siguiendo el orden sistemático indicado en el Fundamento de Derecho Sexto.

Señala la recurrente, en primer lugar, que la Ley 26/2006 no se refiere a la mediación de seguros privados en el sector público, lo que, a su juicio, implica que dichos contratos de mediación no pueden ser celebrados por las Administraciones Públicas.

Es cierto que, como sostiene la Administración contratante, esta cuestión ya ha sido examinada y desestimada en diversos pronunciamientos judiciales en los que ha sido parte la ahora recurrente.

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2007 (RJ 2007/4767) desestima el recurso de casación interpuesto por MUÑIZ Y ASOCIADOS, CORREDURÍA DE SEGUROS, S.L., contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de octubre de 2004, desestimatoria del recurso interpuesto contra la resolución desestimatoria del recurso de reposición formulado contra los pliegos reguladores de un contrato de mediación de seguros del Ministerio de Defensa. El Tribunal Supremo confirma íntegramente los argumentos de la Audiencia Nacional a este respecto, con arreglo a los cuales:



“SEGUNDO. A) Plantea el recurrente la inadecuación del objeto del contrato, esto es, que la Administración Pública no puede concertar un contrato de mediación de seguros, que según su tesis, normalmente se celebra entre una aseguradora y un corredor de seguros. Y en relación con lo anterior, que el contrato de mediación no está previsto en la LCAP. No es esto lo que prevé la Ley 9/92, sino precisamente lo contrario. La característica del corredor de seguros estriba en el ejercicio de su actividad libre de vínculos que le supongan afección a una o varias aseguradoras. Los corredores de seguros ofrecen un asesoramiento profesional fundado en su independencia al posible tomador del seguro. (...) Como ya hemos visto, la actividad de mediación de seguros, que es lo que la Administración pretende contratar, supone asistencia al tomador del seguro, pero no solo asistencia, sino también las demás funciones propias de la mediación que se describen en los artículos 2 y 14 de la Ley 9/92 y en las prescripciones técnicas que figuran como anexo al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. La LCAP en su artículo 4 consagra el principio de libertad de pactos, al establecer que la Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de la buena administración.(...) Finalmente, de acuerdo con el artículo 5.3 LCAP, los restantes contratos celebrados por la Administración (no administrativos ni administrativos especiales) tendrán la consideración de contratos privados. Su régimen jurídico resulta del artículo 9 LCAP, que establece que los contratos privados de las Administraciones Públicas se registrarán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por las normas administrativas que les sean de aplicación y por la LCAP, y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de derecho privado. Este es el marco normativo en el que se encuentra el contrato de mediación de seguros que se pretendía concertar por el Ministerio de Defensa.”

Los razonamientos de la sentencia parcialmente transcrita son plenamente trasladables al supuesto que se examina, siendo únicamente necesario sustituir las menciones a la derogada LCAP por las correspondientes del TRLCSP (artículo 25, en cuanto a la libertad de pactos de las Administraciones Públicas y el artículo 20, respecto de los contratos privados de la Administración), y las efectuadas a la derogada Ley 9/92 por las correspondientes a la vigente Ley 26/06 (artículos 2 y 26).



En suma, el hecho de que la Ley 26/2006 no se refiera expresamente a la celebración de contratos de mediación por el sector público no entraña, en modo alguno, que su contratación esté vedada a las Administraciones Públicas cuando, como se indica en la citada sentencia, la normativa especialmente aplicable a la contratación de las Administraciones Públicas (el TRLCSP) no sólo admite la celebración de cualesquiera tipo de contratos que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de una buena administración, en aplicación del principio de libertad de pactos que consagra en su artículo 25, sino que admite expresamente la celebración de contratos privados (artículo 20), como es el caso, cuyo cumplimiento y efectos se rigen por el Derecho privado que les sea de aplicación.

Por lo demás, el hecho de que los posteriores contratos de seguros hayan de ser adjudicados mediante los procedimientos reglados del propio TRLCSP no impide ni afecta a la posibilidad que asiste a la Administración de contratar las labores de preparación, asesoramiento técnico y especializado y seguimiento propias del contrato de mediación.

Cabe añadir que la posibilidad de que las Administraciones Públicas concierten contratos de mediación en corretaje ha sido reconocida por las sentencias de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2000, 2 de abril de 2003, y 6 de mayo de 2004, entre otras muchas.

Por todo lo expuesto, procede desestimar este motivo de recurso.

Noveno. Un segundo grupo de argumentos se refiere a la necesidad del propio contrato (artículo 22 del TRLCSP), que la recurrente cuestiona por depender el contrato que se examina de un hecho futuro y eventual como la celebración de los posteriores contratos de seguro, y porque el artículo 4.1 de la Ley 26/2006 permite a las aseguradoras suscribir contratos sin intervención de un corredor determinado, concluyendo que, a su juicio, es más razonable que el Gobierno Balear opte por concertar uno o varios contratos de seguros.

El anterior motivo de recurso ha de ser desestimado por las siguientes razones:



- En primer lugar, la necesidad de celebrar un contrato es algo que incumbe valorar al órgano de contratación y no a los licitadores, que no pueden pretender sustituir la decisión de la Administración sobre la base de sus meras opiniones subjetivas, siendo así que en el expediente de contratación se justifica motivadamente la necesidad de efectuar una contratación centralizada de un servicio de correduría que cubra todo el ámbito del sector público balear (Memoria de la Secretaría General de 5 de abril de 2013).

- El hecho de que hayan de celebrarse *a posteriori* determinados contratos de seguros no es un hecho incierto del que se derive la innecesariedad del previo contrato de correduría, sino el lógico presupuesto de éste. La Administración decide fundadamente contratar un servicio centralizado de mediación precisamente para estudiar y preparar adecuadamente la celebración de los posteriores contratos de seguros o reaseguros.

- No corresponde a los licitadores determinar qué tipo de contrato ha de celebrar la Administración o qué prestaciones han de incluirse en el mismo pues, como ha señalado reiteradamente este Tribunal, la determinación del objeto del contrato es una facultad discrecional de la Administración que está sólo sometida a la justificación de la necesidad de la contratación (artículo 22 TRLCSP), y a las limitaciones establecidas en el artículo 86 del citado texto legal, cuya contravención no ha sido alegada por la recurrente. Ello determina que la pretensión de la recurrente quede reducida a la sustitución de la voluntad de la Administración por la suya propia en cuanto a la configuración del objeto del contrato, pretensión que no puede ser amparada por este Tribunal.

- La recurrente, corredora de seguros, carece de legitimación para defender supuestos derechos o intereses de las aseguradoras, dada la incompatibilidad legal que el artículo 32.1 de la Ley 26/2006 impone a los corredores de seguros respecto de las actividades aseguradoras.

Décimo. El tercer grupo de argumentos en los que se fundamenta el recurso se refiere a la retribución prevista en los pliegos a favor del contratista:



1) Se indica por la recurrente, en primer lugar, que dado que el valor estimado del contrato es de 800.000 euros, es falsa la afirmación de los pliegos de que el presupuesto del contrato es de 0,00 euros.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa se ha referido en diversas ocasiones (informes 43/08, de 28 de julio de 2008, 26/08, de 2 de diciembre de 2008, 38/10, de 24 de noviembre de 2010 ó 41/10, de 28 de octubre de 2011) a la distinción entre los conceptos de “precio”, “presupuesto” y “valor estimado” en los contratos administrativos, conceptos que el recurrente confunde en su escrito de recurso.

El apartado 1.A.1 del Cuadro de características del contrato dispone que *“el presupuesto de licitación es 0,00 euros, dado que este contrato no supone coste económico directo para la CAIB, que no abonará ningún precio al adjudicatario. Por la prestación de los servicios incluidos en esta contratación, el adjudicatario, de acuerdo con el uso y práctica del mercado y con la legislación aplicable, será retribuido por las entidades aseguradoras con las que se contraten o suscriban las correspondientes pólizas de seguro, las cuales abonarán como precio del contrato el resultado de aplicar a las primas netas de los seguros, el porcentaje de comisión que haya ofrecido el adjudicatario en este procedimiento de contratación. Estas comisiones, que serán las mismas para todos los grupos de riesgo, tendrán que garantizar un buen nivel en la calidad del servicio a prestar, y se fijan en un máximo del diez por ciento (10 %) y un mínimo del cuatro por ciento (4%)”*

En la medida en que, a tenor de lo indicado, la Administración contratante no va a satisfacer cantidad alguna al contratista en ejecución del contrato, resulta que el presupuesto de éste es igual a cero.

Otra cosa es que, a efectos de determinar el valor estimado del contrato (artículo 88 del TRLCSP), la Administración contratante haya aplicado lo dispuesto en el apartado 6.a) de dicho precepto legal, que obliga a tomar como base *“en los servicios de seguros, la prima pagadera y otra forma de retribución”*. Por lo demás, el valor estimado de los contratos es determinante a efectos de calcular el carácter armonizado o no armonizado del contrato, el procedimiento de adjudicación y las normas de publicidad aplicables a la licitación, de donde se sigue que la actuación del



órgano de contratación (al fijar un valor estimado del contrato de 800.000 euros, en lugar de atender al valor 0 del presupuesto) no ha ocasionado ninguna vulneración de los principios en los que se asienta la contratación pública, sino todo lo contrario.

2) Se indica también en el recurso que el precio fijado en los pliegos (en forma de comisión sobre las primas netas de los seguros) implica la obligación de que el precio sea satisfecho por una tercera parte (las aseguradores) ajena al contrato, no admitiendo el TRLCSP esta forma de retribución.

Sin perjuicio de que, como ya se ha indicado, nos encontremos ante un contrato privado cuyos efectos se rigen no por el TRLCSP sino por las normas de Derecho privado que resulten de aplicación, y de que el artículo 29 de la Ley 26/2006 remita, a estos efectos, a los pactos entre las partes, ciertamente se trata de otra cuestión sobre la que ya han recaído diversos pronunciamientos judiciales.

La sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de mayo de 2004 (JUR 2004/246755) desestima un recurso contencioso- administrativo interpuesto por la recurrente, MUÑIZ Y ASOCIADOS, CORREDURÍA DE SEGUROS, S.L., contra la resolución desestimatoria contra el Pliego del concurso convocado para la contratación de los servicios de mediación de seguros de Asistencia Sanitaria y Accidentes en España y en el Extranjero del Ministerio de Educación y Cultura. En el Fundamento de Derecho Quinto de dicha sentencia se indica lo siguiente:

“(...) En lo que atañe al precio se denuncia la falta de seguridad jurídica para los licitadores ante la referencia a la inconcreta ‘práctica habitual de mercado’ para fijar su importe y se reclama que debería ser la Administración y no un tercero ajeno al contrato quien pagase las comisiones y que si el coste fuese cero supondría un enriquecimiento injusto para la Administración. (...)”

Comenzando por el precio, la cláusula cuarta del Pliego determina que: ‘El presente contrato no generará gasto alguno para la Secretaría de Estado de Universidades, Investigación y Desarrollo ya que el adjudicatario, de acuerdo con la práctica habitual del Mercado, será retribuido por la Entidad o Entidades aseguradoras con las que se conciertan los contratos de seguros privados’.



Evidentemente, lo que esta cláusula establece es un coste cero para la Administración lo que no determina 'per se' una inexistencia o indeterminación de la contraprestación a recibir por el adjudicatario y una vulneración del art. 11.2 de la LCAP 13/1995 (precio cierto) ya que el sistema de determinación del precio podrá consistir, de conformidad con el art. 203.2 de la LCAP, en un tanto alzado o en precios referidos a unidades de obra o de tiempo, o en aplicación de honorarios profesionales según tarifa, o en la combinación de varias de estas modalidades. En este caso, la contraprestación se determina por la práctica habitual del mercado, y tal y como se viene a asumir en el folio 11 de la demanda, dicha práctica habitual es sobradamente conocida por la parte actora y consiste en un corretaje sobre la prima que la recurrente pudo perfectamente haber especificado dentro de la proposición en el sobre B como punto determinante en el diseño del programa de servicio para el cumplimiento del objeto del contrato y no lo hizo. Además, nada en la LCAP impide diferir el pago a un tercero. A tal efecto, nada se menciona en la Ley 9/1992 sobre la remuneración del corredor de seguros por lo que, basándose en la Disposición Adicional Cuarta de la referida norma y acudiendo al Código de Comercio, en su art. 227, aunque en principio el comitente estará obligado a abonar al comisionista el premio de comisión, es posible el pacto en contrario y se reconoce expresamente la importancia en este ámbito de los usos mercantiles, pues faltando pacto expreso de la cuota, se fijará ésta con arreglo al uso y práctica mercantil de la plaza donde se cumpliera la comisión y, como ya hemos dicho, la práctica usual, sobradamente conocida por la recurrente, viene a ser un corretaje o comisión sobre la prima. Por otro lado, el art. 1158 del CC permite el pago por tercero. Todo ello partiendo de la aplicación supletoria de las normas de derecho privado que consagran los art. 4 LCAP, art. 6 y 7 RGCE D 3410/1975.”

En el mismo sentido se expresa la antes citada sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de octubre de 2004 (RJCA 2004/1067), en la que desestima otro recurso de la entidad ahora recurrente contra la resolución administrativa desestimatoria de su recurso contra los Pliegos de un contrato de mediación de seguros del Ministerio de Defensa:

“Sobre esta cuestión del precio del contrato, en la Cláusula 4ª de las Administrativas Particulares indica que el contrato no generará contraprestación directa a favor del



adjudicatario o gasto a cargo del Ministerio de Defensa, sin perjuicio de la comisión derivada de las pólizas intermediadas y de su cobro, de acuerdo con la normativa reguladora de la actividad aseguradora privada y de distribución de seguros.

Así pues, el contrato tiene un precio, que es la comisión derivada de las pólizas intermediadas. Dicha comisión o corretaje es uno de los elementos que los licitadores tienen necesariamente que expresar en sus ofertas, siendo tal comisión uno de criterios decisivos para la adjudicación del concurso.

Por tanto, no puede afirmarse que no exista cláusula fijadora del precio en el Pliego que examinamos, pues el precio viene constituido por el corretaje o comisión que el adjudicatario deberá percibir de los contratistas de seguros, en función del porcentaje que se fije en el contrato que se adjudique, quedando, por tanto, perfectamente determinado como cierto el precio.

La propia LCAP, en su artículo 203.2 y a propósito de los contratos administrativos de consultoría y asistencia, cuyas normas son aplicables en el presente caso en cuanto a la preparación y adjudicación del contrato, según hemos razonado anteriormente, establece que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se establecerá ‘... el sistema de determinación del precio...’, que podrá consistir en un tanto alzado o en precios referidos a unidades de obra o de tiempo, o en aplicación de honorarios profesionales según tarifa o en la combinación de varias de estas modalidades.

En definitiva, el precio existe y es determinable y, por tanto, cierto. Lo que no existe es obligación económica para la Administración, habida cuenta que el precio se difiere a la Compañía de seguros con la que se contrate”.

La sentencia parcialmente transcrita fue confirmada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 26 de junio de 2007 (RJ 2007/4767), cuyos Fundamentos de Derecho declaran lo siguiente:

“SEGUNDO. Antes de entrar en el análisis de los motivos de casación, es preciso referir a), que la Sala de Instancia ya en su Fundamento de Derecho Segundo, refiere que ha tenido ocasión de resolver y de desestimar alegaciones similares en las sentencias de 31 de marzo de 2000, 2 de abril de 2003 y de 6 de mayo de 2004; b),



que esas dos sentencias primeras han sido objeto de los recursos de casación 7106/2000 y 4501/2003, y que esta Sala del Tribunal Supremo por sentencias de 28 de junio de 2004 y de 21 de marzo de 2006, ha tenido ocasión de desestimar esos recursos de casación y de confirmar, por tanto, las sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso -Administrativo de la Audiencia Nacional; c), que el antecedente de la litis en esos dos recursos de casación citados eran sendas resoluciones relativas, la primera, a contratación de servicios de mediación de seguros privados relativos a la Dirección General de la Policía y Dirección General de la Guardia Civil y, la segunda, a la Adjudicación del concurso convocado por la Agencia Estatal de Administración Tributaria para la contratación de los servicios de mediación de seguros de vida, accidentes, daños y responsabilidad civil; (...); y e), en fin que en los seis motivos de casación a que esta litis se refiere, se plantean las mismas cuestiones que los seis primeros motivos de casación aducidos por el mismo hoy recurrente en el recurso de casación 4501/2003, y se citan las mismas normas infringidas a salvo que se sustituye la referencia de los preceptos correspondientes a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Ley 13/95 de 18 de mayo, por los del Real Decreto 2/2000 de 16 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

(...)

CUARTO.

(...)Y procede desestimar tal motivo de casación.

Pues lo que el recurrente plantea en el motivo es que en los contratos es exigido el precio y que, como precio, no se puede entender la comisión que hay prevista en el contrato a que la litis se refiere. Y se ha de mantener la tesis de la sentencia recurrida que valora y entiende, por las razones que expone, que la comisión prevista en las Cláusulas del contrato tienen la naturaleza de un verdadero precio, pues esa misma tesis ya ha sido aceptada por esta Sala del Tribunal Supremo en las dos sentencias mas atrás citadas.”



De lo expuesto se desprende que existe jurisprudencia, en el sentido técnico jurídico del artículo 1.6 del Código Civil, que avala expresamente la adecuación a Derecho de un sistema de retribución al contratista idéntico al que es nuevamente objeto de recurso por la recurrente, por lo que procede desestimar este motivo.

3) Por último, considera la recurrente, con cita de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 12 de enero de 2010, que el referido sistema de retribución impide al mediador desarrollar sus funciones con imparcialidad, y ello, por el hecho de percibir comisiones por parte de las aseguradoras.

El Consejo de Estado, en su dictamen de 30 de abril de 2003 (nº 342/2003), aborda expresamente esta cuestión en los siguientes términos:

“A este respecto, debe señalarse, en primer término, que la Ley 9/1992, de 30 de abril, de Mediación en Seguros Privados distingue dos tipos de mediadores de seguros privados, a saber, los agentes de seguros y los corredores de seguros (artículo 5). Las diferencias entre ambos son claras y de enorme relevancia. Así, el agente de seguros es el que celebra un contrato de agencia con una entidad aseguradora, y que se compromete frente a ella a realizar la mediación con los tomadores de seguro y asegurados; en virtud de tal contrato se adquiere la condición de agente de la entidad aseguradora con la que se contrata, y su finalidad consiste en promocionar la formalización de contratos de seguros. El corredor de seguros, por su parte, es una persona física o jurídica que realiza la actividad de mediación ‘sin mantener vínculos que supongan afección con entidades aseguradoras o pérdida de independencia respecto a éstas’, ofreciendo asesoramiento imparcial a quienes demandan la cobertura de los riesgos. Por ello, entre las obligaciones del corredor se incluye la de asesorar sobre las condiciones del contrato que ‘a su juicio conviene suscribir’, extendiéndose posteriormente la asistencia durante la vida del contrato.

Es claro, pues, que la principal diferencia entre el agente de seguros y el corredor de seguros es la independencia de éste respecto a las entidades aseguradoras, lo que resulta coherente con los deberes que le incumben de asesoramiento profesional e imparcial a los tomadores de seguros.



En tal contexto, la cuestión concreta que se plantea consiste en determinar si la circunstancia de que en el pliego de cláusulas administrativas particulares no se estipule una contraprestación directa por parte de la Administración, y se prevea, en cambio, que la comisión al corredor de seguros será abonada por la entidad aseguradora, redundaría en un menoscabo de su independencia.

A juicio del Consejo de Estado, la mera circunstancia de que dicho pago de la comisión se produzca por parte de la entidad aseguradora no resulta suficiente para poner en tela de juicio la independencia del corredor de seguros. No cabe ignorar que el importe de la comisión que deberá abonar la entidad aseguradora no será el que libremente pacte dicha entidad con el corredor de seguros que resulte adjudicatario, lo que, ciertamente, podría ocasionar mayores reservas. Pues, en efecto, en el pliego de cláusulas administrativas ya se determina que la comisión del corredor se determinará por un porcentaje de la prima neta de la póliza. Dicho porcentaje se fijará en función de la oferta que realice el corredor que finalmente resulte adjudicatario del contrato de mediación. Por otra parte, el pago de tal comisión por la entidad aseguradora tampoco suscita dificultades, ya que puede estipularse como condición para la celebración del contrato de seguro.

En suma, considera el Consejo de Estado que el sistema de remuneración establecido no redundaría en un perjuicio de la independencia del corredor de seguros, dado el procedimiento de fijación de la comisión.

Dicha conclusión resulta avalada, además, por el informe emitido por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (informe de 2 de octubre de 2002), que señala de forma expresa que ‘no debe entenderse que este sistema de remuneración del corredor de seguros, vía la entidad aseguradora, limite su independencia a la hora de desarrollar su actividad, puesto que es el sistema común utilizado respecto de todas las entidades aseguradoras’. Y advierte, igualmente, que ‘cuando el tomador paga el recibo de prima ya está retribuyendo al corredor de seguros vía la entidad aseguradora, dado que en el mismo se contiene la comisión del mediador como gastos de administración y de adquisición. Por tanto, no cabe retribuir de nuevo al corredor de seguros por el tomador del seguro por su actividad de mediación, pues esto supondría duplicar el pago por la misma prestación del servicio.’”



El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 21 de marzo de 2006 (RJ 2006/5647), confirma también la sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de un recurso interpuesto por MUÑIZ Y ASOCIADOS, CORREDURÍA DE SEGUROS, S.L. contra la resolución administrativa desestimatoria de su recurso contra los pliegos de un contrato de mediación de seguros de la AEAT, por entender que *“la independencia del contratista de la Administración queda garantizada porque sea cual sea, en su momento, la entidad aseguradora que contrate con la AEAT, su retribución va ser la misma. Si actúa a favor de una u otra entidad aseguradora, el contratista estará incumpliendo los términos del contrato celebrado”*.

Este Tribunal hace suyos los anteriores razonamientos del Consejo de Estado, de la Dirección General de Seguros y del Tribunal Supremo y, en su virtud, desestima también este motivo de recurso.

Undécimo. Otro grupo de argumentos del recurso se refieren al objeto del contrato:

1) Considera la recurrente que, a tenor de lo dispuesto en los pliegos, la correduría de seguros que resulte adjudicataria no realizará una labor de mediación, pues la labor del mediador es poner en contacto a las partes para que éstas finalicen un negocio, sin estar ligado a ninguna de ellas, requisito que, a su juicio, no concurre en los contratos celebrados por las Administraciones Públicas, ni en este caso, ni en ningún otro.

Partiendo de la posibilidad, ya examinada, de que las Administraciones Públicas concierten contratos de mediación de seguro, de la cláusula 1 del PCAP y del PPT se desprende que el objeto del contrato comprende los servicios de mediación y asesoramiento previos a la formalización de contratos de seguros privados del sector público balear, así como la posterior asistencia al tomador/asegurado, incluyendo funciones de asesoría, asistencia, gerencia de riesgos y ejecución de los contratos de seguros del sector público de la Comunidad de Islas Baleares. Estando definida la mediación en el artículo 2.1 de la Ley 26/2006 como *“las actividades consistentes en la presentación, propuesta o realización de trabajos previos a la celebración de un contrato de seguro o de reaseguro, o de celebración de estos contratos, en particular, en caso de siniestro”*, y comprendiendo la mediación, según el artículo 26 de la citada



Ley 26/2006, *“el asesoramiento independiente, profesional e imparcial a quienes demanden la cobertura de riesgos a que se encuentran expuestos sus personas, sus patrimonios, sus intereses o responsabilidades”* y la obligación de *“facilitar durante la vigencia del contrato de seguro en que haya intervenido... la información que reclamen sobre cualquiera de las cláusulas de la póliza y, en caso de siniestro, a prestarles su asistencia y asesoramiento”*, resulta evidente que el adjudicatario realizará, en ejecución del contrato objeto de recurso, prestaciones propias y características del contrato de mediación de seguros.

2) Alega también la recurrente que alguna de las prestaciones que conforman el objeto del contrato, concretamente la de gestión de riesgos, es incompatible con las funciones de mediación, pues el artículo 5.2.a) de la Ley 26/2006 prohíbe a los mediadores asumir cualquier tipo de riesgo.

Este argumento tampoco resulta atendible, pues evidente que una cosa es la gestión de riesgos (que implica el asesoramiento y la asistencia al tomador en caso de siniestro) y otra bien distinta la prohibición que el artículo 5.2.a) de la Ley 26/2006 impone a los mediadores de seguros y reaseguros de *“asumir directa o indirectamente la cobertura de ninguna clase de riesgo ni tomar a su cargo, en todo o en parte, la siniestralidad objeto de seguro, siendo nulo todo pacto en contrario”*, como manifestación de la incompatibilidad legal entre las actividades de mediación y seguro privado que impone el artículo 32.1 de la propia Ley 26/2006.

Duodécimo. Entiende también la recurrente que los pliegos objeto de recurso restringen la concurrencia:

1) El contrato recurrido implica el reconocimiento de exclusividad para el corredor que resulte adjudicatario, lo que a juicio de la recurrente restringe la intervención de otros mediadores en los posteriores contratos de seguros que celebre la Administración contratante.

2) Además, considera la recurrente que el contrato objeto de recurso restringe la concurrencia, en la medida en que impone a las aseguradoras la utilización del mediador seleccionado por la Administración, siendo la mediación y la correduría



actividades sujetas a la libre prestación de servicios en las que la Administración no puede establecer derechos especiales o exclusivos a favor de nadie.

Nuevamente se trata de una cuestión examinada y desestimada por pronunciamientos judiciales previos.

Así, la sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de mayo de 2004 declara lo siguiente en su Fundamento de Derecho Cuarto:

“En lo que atañe a la pretendida vulneración del artículo 38 de la CE, en cuanto a la libertad de empresa, que se desarrolla en el punto tercero de la fundamentación de la demanda sobre la base de que este contrato de mediación impedirá que las compañías de seguros puedan gestionar los servicios de seguros que contrate la Secretaría de Estado de Educación, Universidades, Investigación y Desarrollo con cualquiera de sus gestores habituales.

Este argumento debe rechazarse de plano sobre las premisas de que se está pretendiendo defender intereses que no son propios ya que en principio afectarían a las compañías de seguros y respecto de los cuales el actor no está legitimado para actuar, sin olvidar que nuevamente se confunde lo que es el objeto del contrato que no es otro que la mediación en corretaje de seguros privados y no el contrato de seguros, y ninguna de las cláusulas del contrato que nos ocupa establecen limitaciones para la libre concurrencia de las Compañías de Seguros en los futuros contratos de seguros a realizar”.

Y la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2007 afirma que *“de acuerdo con la tesis mantenida por esta Sala del Tribunal Supremo en relación con alegaciones similares, debiéndose reiterar que, como refiere la sentencia recurrida, no cabe apreciar la vulneración del principio de libertad de empresa cuando las cláusulas administrativas particulares y las prescripciones técnicas no establecen limitación alguna de la libre concurrencia y cuando la cláusula de exclusividad está referida al servicio de mediación durante la vigencia del contrato, sin olvidar que el objeto del contrato es la mediación y no el seguro mismo”.*



Las anteriores consideraciones son plenamente aplicables al supuesto objeto del presente recurso especial, en la medida en que ni el PCAP ni el PPT establecen cláusulas que puedan considerarse restrictivas de la concurrencia, refiriéndose la exclusividad al contrato de mediación, y no afectando a los posteriores contratos de seguros que puedan celebrarse, sin que la recurrente ostente, como ya se ha indicado, legitimación para defender los intereses de las aseguradoras.

Como se indica en la sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de abril de 2003 (JUR 2006/275223), desestimatoria de otro recurso interpuesto por MUÑIZ Y ASOCIADOS, CORREDURÍA DE SEGUROS, S.L.:

“La actividad de mediación de seguros privados es, desde luego, una actividad lícita, regulada por la Ley 9/92, (...), que indica las funciones del corredor, a las que también nos hemos referido, entre las que no se incluyen las de sustituir al tomador del seguro. El mediador ofrece su asesoramiento profesional e informa, a quien trata de concertar un seguro, sobre las condiciones del contrato que a su juicio conviene suscribir, por adaptarse mejor a sus necesidades, pero el mediador ni contrata el seguro, ni sustituye al tomador del seguro, ni permite a éste obviar los procedimientos establecidos para la contratación de las pólizas.

En definitiva, el procedimiento administrativo a seguir por la AEAT en la contratación futura con las compañías de seguros es el mismo, exista o no la figura del mediador de seguros, y si se produce alguna infracción de ese procedimiento de contratación de seguros que la AEAT celebre a partir de la adjudicación del concurso de mediación que hemos examinado, cosa que está por acreditar, serán las compañías de seguros perjudicadas, o cualquiera que tenga un interés legítimo, quien podrá acudir a esta jurisdicción para pedir la anulación de ese hipotético contrato de seguro que se haya adjudicado de forma no conforme a derecho.”

Decimotercero. El último argumento en el que se fundamenta el recurso es el relativo a la solvencia exigida en los pliegos. Entiende la recurrente que en los contratos de servicios financieros, de seguros, bancarios o de inversiones no se exige clasificación por el hecho de ser actividades sujetas a autorización administrativa, sin que, por este



motivo, resulte justificada la exigencia en los pliegos de requisitos de solvencia desproporcionados.

Es doctrina de este Tribunal (por todas, Resolución 132/2013, de 11 de mayo) la que sostiene que, cuando no sea exigible clasificación, corresponde al órgano de contratación la concreta determinación de los requisitos de solvencia en cada caso exigibles, que han de estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionados al mismo, guardando lógica vinculación con los medios legales que, entre los enumerados en los artículo 75 y siguientes del TRLCSP, a tal fin elija.

El recurrente no justifica por qué considera que la solvencia exigida en los pliegos es desproporcionada, y del examen de los medios de solvencia exigidos en la cláusula 10 del PCAP y en el apartado E del Cuadro de Características el Tribunal no aprecia dicho carácter desproporcionado, por lo que este motivo tampoco puede ser estimado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. M.A.S., en representación de MUÑIZ Y ASOCIADOS, CORREDURÍA DE SEGUROS, S.L., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y su Anexo, el Pliego de Prescripciones Técnicas y los Anuncios correspondientes al contrato convocado por el Gobierno Balear para la licitación de un “Contrato centralizado privado de mediación de seguros del Gobierno Balear y de los entes del sector público autonómico”.

Segundo. Declarar que se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, pues la recurrente reitera en el presente recurso especial gran parte de los argumentos que, como sabe, han sido desestimados en reiterados pronunciamientos judiciales por su carácter infundado, y que en su día dieron lugar a la expresa condena en costas a la recurrente. Procede, por ello la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP, que el Tribunal concreta en una multa de 2.500 Euros.



Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.